



Chapitre de livre

2005

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La légistique : une élaboration méthodique de la législation

Delley, Jean-Daniel; Flückiger, Alexandre

How to cite

DELLEY, Jean-Daniel, FLÜCKIGER, Alexandre. La légistique : une élaboration méthodique de la législation. In: Confection de la loi. Paris : Presses Universitaire de France, 2005. p. 83–96.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8307>

La légistique : une élaboration méthodique de la législation

par Jean-Daniel DELLEY

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève

et par Alexandre FLÜCKIGER

Professeur adjoint à la faculté de droit de l'Université de Genève

INTRODUCTION

Les juristes peuvent-ils se prévaloir d'une science infuse de la législation ? Sont-ils prédisposés, par leur formation, à maîtriser la conception et la rédaction des lois ? On pourrait le croire, tant l'idée que légiférer ressortit au domaine de l'art est encore ancrée dans les esprits.

La légistique prend le contre-pied de cette idée. Ce terme barbare, point encore agréé par l'Académie, désigne une discipline qui propose des connaissances, une méthode, des outils au service de la formation de la législation. Cette discipline participe du mouvement de rationalisation de la production législative qui s'impose dans le cadre de l'État interventionniste. En se fixant des buts ambitieux de régulation et même de transformations sociales, l'État instrumentalise le droit en vue d'obtenir des résultats. Cette exigence implique que les instruments soient adéquats aux objectifs visés. C'est pourquoi la légistique, conçue comme une démarche méthodique, propose un parcours qui permet de concevoir une intervention législative en tenant compte des caractéristiques du problème à résoudre et des buts à atteindre.

Le XVIII^e siècle a montré un intérêt particulier pour la question de la formation de la loi. Bentham développe une théorie cohérente de la législation et cherche à rationaliser le contenu des lois. Filangieri imagine ce que nous appelons aujourd'hui l'évaluation législative, qui doit à la fois prévenir les effets pervers de la loi et en améliorer la qualité.

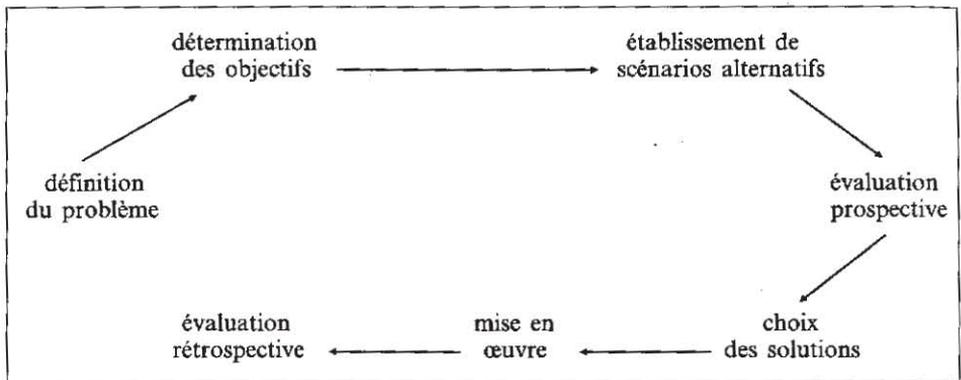
La conjugaison du courant libéral – peu porté à confier des tâches autres que de police à l'État – et de l'approche positiviste centrée sur l'application du droit fait disparaître tout intérêt pour la formation de la loi.

Le développement actuel de cette discipline est à mettre au compte des ambitions et des avatars de l'État interventionniste. En annonçant explicitement ses intentions, ce dernier se condamne à soigner tout particulièrement ses interventions et à en rectifier le cours, le cas échéant.

Notre intérêt est né de la rencontre avec l'œuvre du sociologue du droit et pénaliste Peter Noll ainsi que de nos travaux de sociologie législative. L'observation empirique du droit en action met en évidence toutes les erreurs et lacunes des concepteurs de la loi. À ce titre, elle reste une source inépuisable de connaissances utiles au légiste.

UN PROCESSUS ITÉRATIF

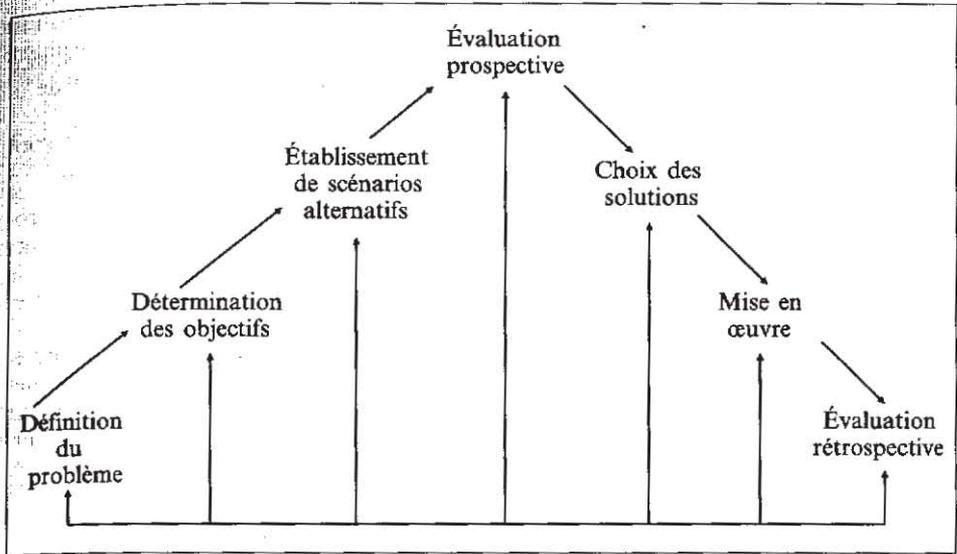
Avant de rédiger la loi, il importe de la penser. La légistique propose une démarche méthodique qui découpe le processus législatif en étapes :



Cette démarche de type analytique, qui présente le processus de manière linéaire, est, bien entendu, artificielle. Il s'agit en réalité d'un processus itératif. Chacune des phases ne peut être considérée pour elle-même, isolée des autres phases et achevée une fois pour toutes.

Prenons la première étape, celle de la définition du problème. Identifier le problème qui motive une demande d'intervention normative et établir un diagnostic de la situation jugée insatisfaisante impliquent une référence plus ou moins explicite à une situation différente.

De même, l'étape qui consiste à déterminer les buts et les objectifs d'une intervention publique peut conduire à modifier la perception initiale du problème : une description plus précise de la situation désirée est susceptible de relativiser ou, au contraire, d'aggraver le caractère négatif de la situation de fait. L'inventaire des moyens d'action disponibles peut à son tour remettre en cause des buts établis de manière trop ambitieuse.



Le découpage du processus d'élaboration législative en étapes répond à un besoin pratique : il facilite la présentation de la démarche et des techniques d'analyse propres à chacune des phases. Il faut pourtant garder constamment à l'esprit le caractère itératif du processus.

La démarche proposée a été conçue tout particulièrement pour les législations finalisées qui visent à transformer en profondeur une réalité sociale, en articulant des objectifs et des moyens. Ce type de législation se réfère par définition à la notion d'efficacité. La démarche s'adapte pourtant aux législations conditionnelles qui, comme le Code civil, le Code pénal ou les codes de procédure, servent simplement à fournir un cadre aux comportements et ne visent pas à réaliser des objectifs précis. En particulier le besoin d'évaluer les effets des réformes et de corriger les lois en fonction des résultats de cette évaluation, indispensable pour les législations finalisées de caractère dynamique, se révèle très utile pour les législations conditionnelles plus statiques.

LA LÉGISTIQUE MATÉRIELLE

La définition du problème

L'intention de légiférer présuppose l'existence d'un problème. En connaître ses causes et ses caractéristiques constitue une étape primordiale de la démarche méthodique. Cette étape analytique permet de décider de la nécessité de légiférer et, si oui, de délimiter le champ de l'intervention et les moyens à engager.

Deux conditions sont nécessaires à l'existence d'un problème :

- tout d'abord, la présence d'un état de tension, la perception d'une distance entre une situation présente et une situation désirée. Le problème naît de la confrontation entre un « être » et un « devoir-être » ;
- puis une imputation de causalité. Sans mise en évidence des causes qui sont responsables du problème, il n'y a pas d'intervention collective possible.

Ces deux conditions mettent en évidence les éléments constitutifs d'un problème : un élément analytique et un élément normatif. La définition du problème est donc en étroite relation avec l'analyse des faits et la question des valeurs. Ce qui est ressenti comme un problème se réfère toujours à une valeur et l'objet d'insatisfaction est susceptible d'une description empirique.

Des erreurs d'appréciation peuvent se produire aux deux niveaux – valeurs et faits – et conduire à se préoccuper d'un faux problème : les faits incriminés n'existent pas ou, s'ils sont prouvés, n'ont pas le caractère de gravité qu'on leur prête. Il s'ensuit que la définition du problème consiste à établir les faits qui permettront d'apprécier ensuite la consistance du problème – inexistant ou plus ou moins aigu – et donc la nécessité d'une solution législative.

L'examen du processus législatif tel qu'il se déroule réellement montre que, trop souvent, la perception du problème qui motive la demande de légiférer tient lieu de définition du problème. L'impulsion qui pousse le légiste à agir se substitue à un examen objectif de la situation. Le légiste apparaît plus comme une instance dirigée de l'extérieur (*Ein gesteuerter Steuermann*) que comme un sujet autonome.

Cette première phase consiste à acquérir une bonne connaissance du domaine en cause, à recueillir des données fiables qui permettront de préciser la situation à l'origine de la demande d'intervention. Par exemple, affirmer qu'il existe une crise du logement ne constitue pas une base suffisante pour décider de légiférer et pour concevoir une législation efficace ; encore faut-il connaître la nature de l'inadéquation entre l'offre et la demande de logements (taille, niveau des loyers par exemple) et les raisons de cette inadéquation.

On peut résumer ainsi les principes qui doivent guider le légiste comme le législateur au cours de cette première phase de la démarche méthodique :

— L'impulsion qui motive l'intérêt du législateur pour un problème donné doit être relativisée tout au long du travail d'analyse de la situation et de définition du problème. Cette relativisation laisse ouverte l'option de la non-existence du problème ou de sa solution par d'autres voies que la voie législative, et donc du renoncement à intervenir normativement.

— Cette relativisation est le fondement de l'autonomie du légiste qui ne relaie pas simplement les demandes émanant du corps social mais se forge une connaissance propre de la situation et une appréciation indépendante de son caractère problématique. L'autonomie du légiste ne signifie pas que ce dernier doive purement et simplement ignorer les représentations et les attentes des groupes sociaux demandeurs. Il les prend en compte comme partie intégrante du problème à résoudre.

— L'analyse de la situation et la définition du problème ne se limitent pas à la matière circonscrite par la demande d'intervention. Le légiste tient compte de l'environnement du problème et des impacts potentiels de celui-ci sur des domai-

nes connexes, de manière à éviter un découpage hâtif et sectoriel du champ dans lequel il sera peut-être conduit à intervenir. De cette manière, il évite les contradictions au sein du corpus législatif et améliore la coordination des législations.

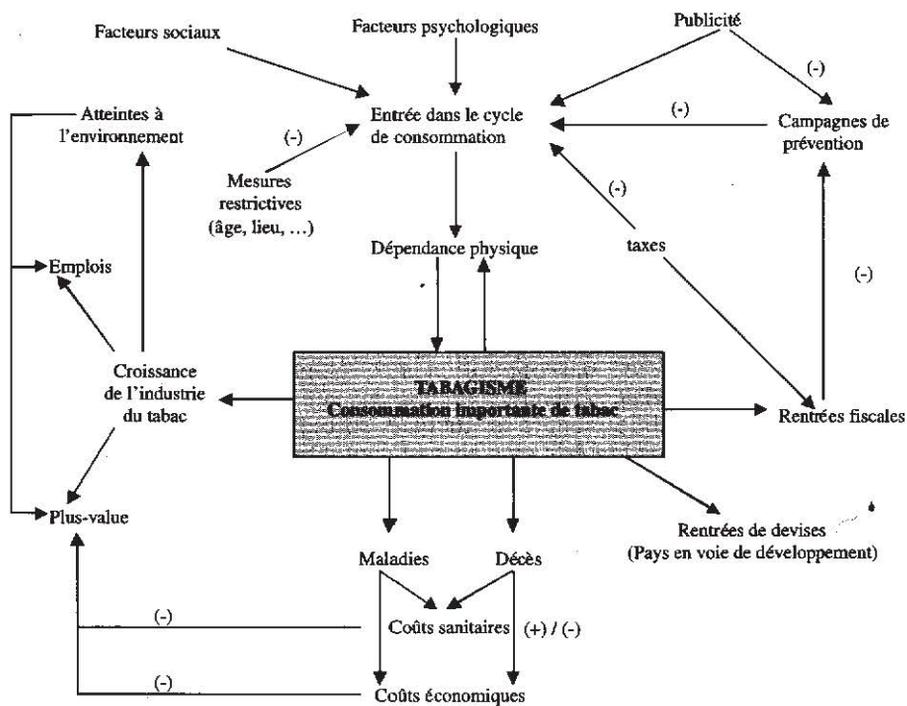
Il faut encore mentionner le cas de figure le plus fréquent auquel est confronté le législateur : le problème qu'on lui demande de résoudre se situe dans un champ qui fait déjà l'objet d'une ou de plusieurs législations. Dès lors, cette législation fait partie intégrante de l'analyse de situation et doit être soumise à une évaluation.

Il s'agit en effet d'établir les causes possibles liées à la législation qui sont à la source du problème évoqué. Ces causes peuvent relever :

- de lacunes dans la mise en œuvre de la législation ; cette dernière n'est pas ou mal appliquée ;
- de l'inadéquation des moyens choisis par rapport au problème à résoudre ;
- d'une définition imprécise du problème ;
- du fait que le problème a, entre-temps, évolué.

Le *graphique de modélisation causale* est une technique de représentation du problème. Il permet de visualiser le problème en le décomposant en différents facteurs, en établissant les liens (rapports de cause à effet) entre ces facteurs et la nature de ces liens (renforcement ou affaiblissement). L'avantage de cette modéli-

Modélisation causale : tabagisme



sation – purement qualitative – est de faciliter la vue d'ensemble du problème et de ses différents éléments dans une perspective dynamique, ce que ne permet pas la simple verbalisation du problème. Le rôle du graphique de modélisation causale est de mettre en évidence un grand nombre de facteurs explicatifs du problème et de liaisons entre ces facteurs, de manière à saisir la complexité du problème et sa dynamique. Ainsi, le légiste dispose d'une représentation de la réalité qui lui permettra, le cas échéant, d'élaborer une stratégie d'action adéquate au problème à résoudre.

Définir le problème constitue le premier pas d'une analyse systémique qui prend la forme d'un processus itératif. La qualité de cette étape est de première importance car les résultats obtenus constituent la matière première sur laquelle le légiste va travailler. Comparés aux buts et aux objectifs ultérieurement explicités, les résultats de cette première phase permettront d'apprécier l'opportunité d'une intervention en mesurant la distance qui sépare la situation existante de la situation désirée. Ils faciliteront également le choix des instruments d'action, puisque ces derniers, pour être efficaces, doivent tenir compte des caractéristiques de la réalité à réglementer. Enfin, ces résultats sont indispensables à toute évaluation législative qui procède par comparaison de l'avant/après de la législation.

La détermination des buts et des objectifs

À partir d'un ensemble de buts et d'objectifs qui lui est assigné par son mandant, le légiste doit élaborer une stratégie d'action susceptible de favoriser la réalisation de ces objectifs. Mais, à ce titre, le mandat est rarement clair et exhaustif. C'est pourquoi le légiste commence par expliciter, sérier et hiérarchiser les buts et les objectifs qui lui sont proposés. À partir d'un système cohérent de buts et d'objectifs, il lui sera alors possible de déduire un ensemble de mesures adéquates.

Le droit n'existe pas en soi mais en fonction de la poursuite de certaines finalités. Toute loi vise à réaliser des buts ou des objectifs. D'où l'importance, du point de vue légistique, d'en définir de la manière la plus exacte et la plus précise possible les finalités. Cette importance est encore accrue avec l'avènement des législations que Luhmann a qualifiées de programmes finalisés, par opposition aux réglementations conditionnelles. Ou, pour parler comme Hayek, des législations « plan de bataille » (*taxis*) par opposition aux réglementations faites de règles générales et impersonnelles (*kosmos*).

Pour être en mesure de prendre les mesures susceptibles de modifier la situation de fait, le législateur doit être au clair sur la situation désirable à promouvoir. D'un point de vue méthodologique, cette exigence de clarté est importante à double titre. Le principe de l'économie législative impose, d'une part, que le législateur intervienne seulement si la situation désirée se distingue substantiellement de la situation de fait. D'autre part, une conception suffisamment explicite de la situation désirée est une condition indispensable pour déterminer la stratégie et les moyens d'action de la transformation de la situation de fait.

Cette exigence paraît évidente. Or l'analyse du processus législatif montre que cet effort d'explicitation des buts et des objectifs est bien souvent négligé. De manière générale, le législateur a plus tendance à réagir à une situation de fait

jugée inacceptable qu'il ne met en œuvre des moyens au service d'un projet clairement identifiable.

Ce flou qui souvent caractérise les buts visés par le législateur s'explique par la nécessité de trouver un accord entre des intérêts divergents. Se limiter à décrire de manière très générale la situation désirée favorise l'adhésion du plus grand nombre.

Les conflits d'intérêts et la nécessité de masquer les divergences ne sont pas les seules raisons de la difficulté qu'éprouve le législateur à exprimer un système de buts et d'objectifs articulés et explicites. Dans certains domaines — la biotechnologie, par exemple —, le Parlement, tout comme les acteurs sociaux et l'opinion en général, se trouve dans l'incapacité de se représenter de manière précise la situation désirée. Il ne s'agit plus de camouflage mais d'ignorance. L'évolution technologique notamment est d'une telle ampleur, ouvre de telles possibilités et se manifeste à un tel rythme que l'impact des innovations devient difficilement prévisible. Dans ces conditions, même si le but général peut être exprimé, la détermination des objectifs et des mesures qui sont censés le concrétiser bute sur la fluidité extrême de la situation à régler.

Le point de départ pour la détermination des buts et des objectifs est l'analyse de l'émergence du problème et sa définition, puisque l'existence d'un problème suppose une tension entre un état présent et un état désiré. Néanmoins il ne suffit pas de faire l'inventaire des buts et objectifs propres aux divers acteurs sociaux et politiques, de leurs intérêts et de leurs revendications, de les reprendre tels quels, d'en choisir certains ou de faire un compromis entre eux. La définition des buts et des objectifs doit dépasser ces points de vue particularistes pour exprimer une perspective spécifique à l'État.

La simple négation de la situation de fait, perçue comme indésirable, ne suffit pas ; il faut au contraire définir une situation nouvelle, préférable à l'état de fait. La détermination des buts et des objectifs implique une formulation positive.

On peut définir les buts comme des énoncés sur une situation ou un comportement futur affectés d'une valeur positive. Dans leur généralité, les buts indiquent une tâche permanente qui ne sera jamais définitivement réalisée. Ils montrent plus une direction, une tâche à accomplir qu'un état définitif. Ce but régulateur doit être concrétisé par des buts opérationnels qu'on appelle « objectifs ». On parle de buts opérationnels parce qu'ils sont en principe atteignables par des mesures appropriées. En réalité, c'est la réalisation de ces objectifs qui est visée et ce sont ces objectifs qui servent de référence à l'évaluation du but recherché.

Comment procéder pour aboutir à des objectifs opérationnels ? La démarche consiste à établir un système de buts et d'objectifs hiérarchisés. Un tel système comprend plusieurs niveaux, des finalités les plus abstraites aux objectifs très précis et aux mesures concrètes qui permettront de les réaliser. Il prend la forme d'une structure arborescente.

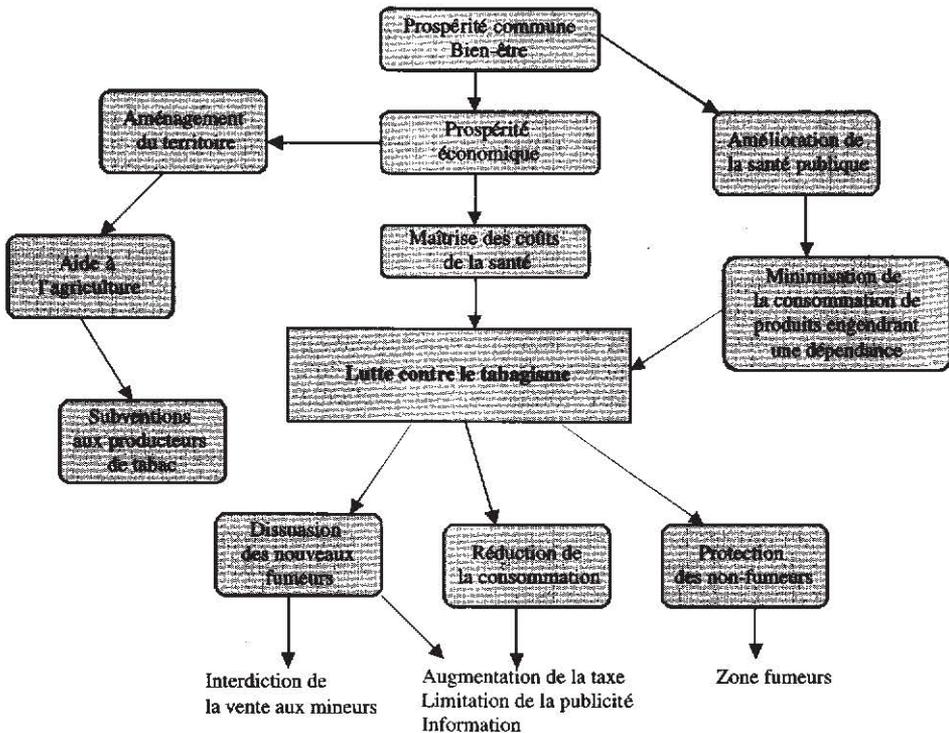
Construire un système de buts et d'objectifs, c'est, à partir de l'intention exprimée, établir une hiérarchie, ordonner des niveaux qui vont du plus abstrait au plus concret en posant la double question du pourquoi et du comment.

Ce double cheminement vertical vers le haut et vers le bas permet :

- de rattacher le ou les buts initialement exprimés à des buts plus abstraits et d'insérer ainsi l'intervention demandée dans le cadre plus général de l'action étatique ;

- d'inventorier des buts et des objectifs de même niveau qui ne sont pas toujours entièrement compatibles et d'opérer entre eux une pondération ;
- de mettre au jour toute une série de mesures concrètes qui opérationnalisent le but initial et qui constituent le stock des instruments dans lequel on puisera pour élaborer une stratégie d'action.

Arbre des buts et des objectifs



La stratégie d'action

Lorsque les effets ultimes recherchés sont déterminés, il est temps de faire l'inventaire des moyens susceptibles de provoquer ces effets et donc de mettre en œuvre les objectifs visés.

Pour réaliser les objectifs – ou, en d'autres termes, pour résoudre le problème –, l'État doit agir sur les comportements ou les représentations des acteurs sociaux ; de façon directe ou indirecte, il cherche à influencer le choix de ces derniers entre les différentes possibilités d'action qui leur sont offertes, en favorisant certaines alternatives et en en défavorisant, voire en en excluant d'autres.

Les moyens d'action dont il dispose à ces fins sont multiples. On parle de stratégie parce que toute intervention de l'État implique une combinaison de moyens dans l'espace et dans le temps ; rares en effet sont les situations où une seule mesure appliquée de manière uniforme dans le temps provoque les effets attendus.

Quels sont ces moyens ? Traditionnellement, le droit exprime des valeurs qui sont censées se réaliser par l'application des normes édictées. L'État de police du XIX^e et du début du XX^e siècle agit peu mais de manière contraignante : l'instrument d'action essentiel est le commandement qui prend la forme de la loi et de la décision administrative. C'est autour de ces deux formes que le droit administratif s'est organisé. La structure caractéristique de l'action de l'État de police est de *type conditionnel* : les conséquences de la violation des normes – les sanctions – sont programmées ; elles sont prononcées par l'Administration et le juge dans le cadre d'un raisonnement déductif. Les contrôles, juridictionnels ou autres, portent sur la conformité des normes inférieures aux normes supérieures et sur la conformité des comportements aux normes juridiques.

Avec l'avènement de l'État interventionniste moderne et le développement des politiques publiques, apparaît un autre modèle d'action, de *type finalisé*, basé sur l'articulation de moyens, juridiques ou non, et d'objectifs à réaliser : le moyen – prescription ou incitation –, même s'il y a conformité des comportements, n'est plus la garantie que les objectifs visés seront atteints. Le moyen n'est qu'un instrument au service des objectifs.

Si l'État interventionniste a accru de manière importante son action sur la société, il a également élargi de manière sensible l'éventail de ses moyens : à la contrainte se sont ajoutées – voire substituées – l'incitation, la persuasion, la concertation. L'intervention de l'État devient toujours plus sophistiquée – insidieuse et subtile, diront certains. Mais simultanément elle fait de plus en plus appel à la coopération des personnes et des groupes sur lesquels elle s'exerce : plus elle s'étend, moins elle se fait vigoureuse. Il y a une sorte de loi de Mariotte de l'action étatique, analogue à celle qui régit la compressibilité des gaz.

Dans ce modèle, les contrôles de régularité perdent de leur importance. Ils ne jouent qu'un rôle marginal en ce qui concerne les instruments non juridiques. Ils perdent aussi de l'importance du fait de l'accroissement du pouvoir d'appréciation laissé à l'Administration pour la réalisation des objectifs. Les contrôles d'efficacité deviennent, par contre, prioritaires.

On peut distinguer les différents types de mesures (instruments d'action) selon leur mode de fonctionnement :

- les instruments de type prescriptif ou coercitif auxquels sont associées des sanctions (obligation, interdiction, autorisation) ; ils imposent des comportements dont le non-respect est passible de sanctions ;
- les instruments de type incitatif : ils n'imposent pas un comportement mais visent à le susciter, notamment grâce à des stimulants financiers positifs ou négatifs, à l'information et à la formation, voire à la pression réglementaire ;
- les instruments de coordination ;
- la fourniture de biens et de services (prestations) par l'État ;

- la mise à disposition de procédures qui règlent les rapports entre différents groupes sociaux ou qui garantissent à des groupes déterminés la participation à certaines décisions ;
- les instruments partenariaux.

À ce stade, la démarche consiste à établir la liste la plus complète possible des instruments d'action disponibles et qui peuvent contribuer à la solution du problème en cause. C'est ensuite seulement, sur la base du critère de l'adéquation aux buts visés, de la faisabilité juridique, politique et financière, qu'interviendra le choix.

La méthode propositionnelle de Bender constitue la démarche la plus simple. Elle se déroule en trois temps :

- le problème – pourquoi les personnes ne se comportent pas de manière telle que le but visé soit atteint ? – est décrit en propositions simples ;
- ces propositions sont niées, ce qui conduit à décrire des comportements adéquats au but visé ;
- on cherche alors des mesures propres à réaliser les propositions niées.

Cette démarche présente un double avantage. D'une part, elle permet de faire un inventaire exhaustif des mesures possibles ; d'autre part, elle met en évidence les limites de l'intervention publique.

L'inventaire ne dit rien sur le choix des mesures et les différentes combinaisons possibles. Pour faciliter ces opérations, Hugger suggère l'utilisation de la matrice morphologique : une manière de visualiser les éléments constitutifs des mesures envisagées ainsi que les variations possibles de ces éléments. De cette façon, il est possible de combiner différentes mesures et d'élaborer plusieurs scénarios d'intervention.

L'évaluation prospective

Introduction

Comment choisir entre les différentes mesures inventoriées, respectivement entre les scénarios d'intervention possibles ?

Le premier critère à prendre en compte, c'est, bien sûr, l'adéquation des mesures aux objectifs visés : leur efficacité. Mais l'efficacité n'est pas un critère abstrait. La réalisation des objectifs implique un processus concret et se heurte à toute une série de contraintes tels que le coût des mesures, leur insertion dans l'ordre juridique, leur acceptabilité politique, la faisabilité de leur mise en œuvre, le temps à disposition pour atteindre les objectifs notamment. De manière plus générale, le choix des mesures les plus appropriées aux buts recherchés par une législation doit prendre en considération, au-delà des effets voulus, l'impact prévisible, c'est-à-dire l'ensemble des effets possibles sur les destinataires directement visés et sur d'autres publics. De même, il faut élucider l'impact du projet sur d'autres politiques publiques : ainsi, une législation qui vise à assurer une offre de logements adéquate aux

besoins peut, selon les mesures envisagées, avoir des effets indésirables sur la politique de l'aménagement du territoire, sur la conjoncture économique, etc.

L'évaluation prospective intègre l'ensemble de ces critères. Elle vise à donner l'information la plus précise possible sur l'ensemble des effets potentiels des mesures envisagées. Il s'agit d'une démarche d'optimisation qui cherche à mettre en évidence les conditions du meilleur choix.

Les questions auxquelles tente de répondre l'évaluation prospective portent sur une situation future, par définition inconnue. Les méthodes utilisées pour élaborer les réponses s'appliquent, elles, à des données empiriques, observables, en rapport donc à des situations passées. Ce passage du passé au futur – l'extrapolation – représente une difficulté méthodologique majeure. La validité des réponses proposées dépend de la capacité à tenir compte du contexte probable dans lequel s'inscriront les mesures évaluées (évolution économique, ressources disponibles, changement des attitudes) – un contexte qui peut connaître de très fortes variations.

Les méthodes d'analyse

Le droit comparé constitue la méthode la plus simple et la plus fréquemment utilisée. Il fournit des informations sur les expériences faites dans d'autres pays et donne une première indication sur l'utilité des mesures mises en œuvre, pour autant que les effets des législations étrangères aient été évalués. Il ne faut toutefois pas se cacher les limites d'une telle approche, notamment les difficultés inhérentes à la transposition d'un modèle d'action dans un contexte sociojuridique différent.

Le légiste peut également s'appuyer sur les résultats des recherches de sociologie législative, y compris ceux que fournissent les évaluations rétrospectives. Ces travaux inventorient toute une série de problèmes et d'effets liés à des législations en vigueur. Les résultats livrés par ces analyses procédant d'une démarche empirique devraient contribuer à minimiser le risque d'une appréciation basée trop exclusivement sur des critères de « bon sens » ou des préjugés. Mais là aussi il faut veiller au piège : l'information tirée de l'observation d'une réalité passée ou présente n'est pas sans être pertinente pour anticiper une situation future.

Pour prévoir de manière plus précise l'intensité et les modalités des effets attendus, il faut recourir à des méthodes statistiques plus sophistiquées telles que, par exemple, l'extrapolation, l'analyse d'interdépendance, la modélisation ou l'analyse coût-bénéfice. Le recours à ces méthodes est particulièrement utile dans les domaines d'intervention tels que la fiscalité et la politique économique notamment, domaines pour lesquels on dispose des données quantitatives indispensables à leur application.

L'arbre de décision est une technique simple et utile pour comparer l'utilité des différentes mesures envisagées et faciliter ainsi le choix du légiste. Sur la base d'enquêtes, de données fournies éventuellement par des études de sociologie législative ou de droit comparé ou encore d'avis d'experts, il s'agit de combiner le degré d'adéquation de chaque mesure au but visé (efficacité théorique) et la probabilité d'apparition du comportement attendu (effectivité) de manière à élucider leur efficacité réelle (utilité).

L'arbre de décision

	<i>Adéquation au but (sur 100)</i>	<i>Effectivité probable (sur 1)</i>	<i>Utilité</i>
Mesure 1	80	0,8	64
Mesure 2	60	0,5	30
Mesure 3	40	0,9	36
Mesure 4	70	0,6	42

Si la mesure 1 présente une adéquation au but visé de 80 % et si la probabilité qu'elle soit respectée – si c'est une prescription – ou sollicitée – s'il s'agit d'une incitation – est estimée à 0,8, son utilité atteint 64 ($80 \times 0,8$). L'utilité comparée des différentes mesures permet de procéder au choix. On peut encore pondérer la valeur d'utilité des mesures avec leur coût respectif.

L'évaluation prospective s'appuie également sur des méthodes de test telles que le jeu de rôle ou la législation expérimentale.

La législation expérimentale représente la forme la plus poussée du test législatif. Mais, contrairement à ce dernier, il s'agit d'un acte étatique obligatoire qui contient des règles de droit – à savoir, des normes générales et abstraites. La loi expérimentale est limitée dans le temps et prévoit parfois un champ d'application personnel ou territorial restreint par rapport au champ d'application définitif. Par ailleurs, elle contient un dispositif d'évaluation qui permet de récolter les informations pertinentes quant aux effets qu'elle déploie et d'apprécier l'opportunité de l'édicter de manière définitive.

La législation expérimentale est indiquée lorsque les résultats de l'évaluation prospective se révèlent par trop incertains. Par ailleurs, cette démarche doit se limiter à des mesures extrêmement bien délimitées et ponctuelles dont on est sûr de pouvoir saisir l'impact sans trop de difficulté. Seules des mesures clairement évaluables attesteront le caractère véritablement expérimental de la démarche.

L'évaluation rétrospective

L'évaluation rétrospective permet de déterminer et d'apprécier les effets d'une loi ou d'une politique publique. Il s'agit d'une analyse méthodique dans la mesure où elle s'appuie sur :

- un raisonnement susceptible d'être compris et répété ;
- une démarche systématique qui vise l'objectivité.

L'appréciation des effets peut se faire selon les différents critères :

- l'effectivité, c'est-à-dire la conformité des comportements observés aux comportements prescrits ;
- l'efficacité – à savoir, le degré de réalisation des objectifs visés ;
- l'efficience, ou le rapport coût/efficacité.

Les questions auxquelles répond l'évaluation législative ne sont pas nouvelles. C'est la méthode qui l'est, dans la mesure où elle se distingue des appréciations de type impressionniste et des informations qui résultent de l'expérience par l'utilisation de méthodes et d'outils issus des sciences sociales et économiques. L'évaluation législative ne prétend néanmoins pas se substituer aux appréciations et aux contrôles qui ne procèdent pas d'une démarche scientifique, mais les compléter.

L'évaluation législative se distingue ainsi des types de contrôles suivants :

- les contrôles juridictionnels (constitutionnalité, légalité) ;
- les autres contrôles exercés par les instances non juridictionnelles, comme la Cour des comptes ;
- les contrôles portant sur la qualité de la communication législative (grammaire, syntaxe, clarté des textes, etc.) ;
- les contrôles politiques et, en particulier, le contrôle parlementaire ;
- les contrôles de type corporatiste exercés par les groupes particulièrement intéressés par l'impact d'une législation, du type « contrôle du suivi d'une loi ».

L'activité d'évaluation est générée par l'obligation générale de surveillance de l'exécution des lois, obligation qui incombe aussi bien au pouvoir exécutif qu'à un parlement. Elle découle aussi de clauses d'évaluation spécifiques à certaines législations.

On observe une tendance à institutionnaliser l'évaluation législative. Les gouvernements — plus rarement les parlements — se dotent de services chargés de concevoir, de piloter et parfois même de réaliser des évaluations.

LA LÉGISTIQUE FORMELLE

Lorsque la stratégie d'action est arrêtée, il s'agit de la traduire normativement. Cette traduction représente un exercice difficile à double titre. D'une part, elle ne relève pas d'une démarche d'application mécanique mais exige de la créativité. D'autre part, elle implique la prise en considération de nombreuses exigences, tant juridiques que linguistiques et législatives.

Pour opérer cette traduction, nous proposons de suivre une démarche en deux temps : la *conception* de l'acte puis sa *rédaction* proprement dite. Cette méthode vise notamment à combattre la tendance naturelle du légiste à débiter son travail d'écriture en posant immédiatement le titre et l'article premier de la loi à créer, alors qu'il faut au contraire concevoir le texte de manière plus globale à partir du contenu normatif donné et, ensuite seulement, passer à la rédaction des dispositions particulières.

Nous proposons de suivre les huit étapes suivantes dans la première phase de *conception* de l'acte normatif :

1 / *La détermination de la matière normative.* — Il s'agit tout d'abord de déterminer le contenu de l'acte normatif. Celui-ci doit être débarrassé de toutes les notions descriptives, explicatives et analytiques résultant de la démarche de légistique matérielle.

2 / *L'insertion dans l'environnement normatif.* — Les textes juridiques doivent s'insérer dans un contexte normatif existant qu'il importe d'analyser en tenant compte des trois aspects suivants. Une dimension horizontale, premièrement, dans laquelle il s'agit de concevoir les renvois à d'autres normes et de repérer les dispositions à modifier de l'ordre juridique existant. Une dimension verticale, en second lieu, où il importe de repérer les fondements du texte à rédiger, d'examiner la conformité aux règles de rang supérieur et de tester la cohérence par rapport aux règles de rang inférieur. Une dimension temporelle, enfin, afin de s'assurer que l'acte à concevoir tient compte des modifications prévues du contexte normatif et qu'il prévoit si nécessaire un régime transitoire.

3 / *Le choix du niveau normatif.* — La matière normative repérée durant la première étape doit être répartie dans les niveaux normatifs adéquats (niveau législatif ou réglementaire). Cette question est une des difficultés majeures de la légistique formelle. Une jurisprudence et une pratique abondantes aident à opérer ce choix.

4 / *Le choix de la forme de l'acte législatif.* — La question précédente du choix du niveau normatif est étroitement liée à celle du choix de la forme de l'acte législatif. Même si celle-ci est le plus souvent donnée par le mandant, le légiste ne saurait éviter une réflexion sur la pertinence de la forme à retenir. Ce choix doit être complété par celui de la forme juridique adéquate que devront revêtir les instruments d'actions repérés et sélectionnés dans la phase précédente de la légistique matérielle.

5 / *Le choix de la densité normative.* — La norme doit avoir un contenu suffisamment défini afin de garantir la prévisibilité de son application et de prévenir les inégalités de traitement notamment. Le degré de précision ne peut être déterminé que de cas en cas en fonction des exigences posées par le principe de légalité.

6 / *La structuration de la matière normative.* — Lorsque les questions précédentes sont résolues, le légiste peut structurer la matière normative et l'organiser dans l'acte à rédiger selon une systématique claire, logique et cohérente de façon à faciliter la lecture, l'application et l'interprétation du texte.

7 / *La fixation de la systématique de l'acte législatif.* — La matière structurée doit prendre place dans le schéma formel de l'acte défini par les différentes autorités nationales (titre, préambule, partie introductive, partie principale, dispositions finales).

8 / *La définition de la structure des dispositions.* — Fixer la structure des différentes dispositions de l'acte constitue la huitième et dernière étape de la phase de conception de l'acte normatif. Il s'agit de se concentrer sur les intitulés des subdivisions et la structure des articles et de ses différents alinéas.

Le légiste sera dès lors en mesure de passer à la *rédaction proprement dite* du texte qui doit respecter divers principes destinés à augmenter la qualité rédactionnelle du texte légal (principes de clarté, de cohérence, de concision, de lisibilité et de véridicité).